

Title	民法九七条・五二六条における基本的問題の設定： 基本的問題の提起 (基本的態度決定)
Sub Title	Die Stellungenahme zum Grundproblem in den §§97 und 526 JBGB
Author	内池, 慶四郎(Uchiike, Keishiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2005
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.78, No.10 (2005. 10) ,p.1- 27
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20051028-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

民法九七条・五二六条における基本的問題の設定

——基本的問題の提起（基本的態度決定）——

内池慶四郎

一 発端——津田論文の問題提起

二 近時学説の情況

イ 星野論文

ロ 北川批判（民法学の歩み）

三 基本的課題の所在

(1) 星野論文における「起草者の意思」の問題

(2) 対立する起草者・起草者の意見と法の定立

(3) 所謂「歴史的解釈方法」における「歴史」の意味

(4) 法の不備欠缺と学説

四 出发点に立ち戻って——民法九七条・五二六条の現在の意味

イ 近代的通信制度の発達と民法九七条・五二六条の存在意義

義

ロ 近時学説の態度

ハ 「隔地者」と「対話者」の問題性

五 近時の通信機器の発達と意思表示

(1) 通信時間の短縮と発信・到達による区別の関係——民法典の死法化？

法典の死法化？

(2) 通信期間の短縮という要因

(3) 表示方法の「化形化」の要因

(4) 新たな表示方法に対する法的対処の問題

(5) 前記の「解釈の歴史性」についての補注

(6) 本論文における基本的問題の提起

A 意思表示に固有の問題——成立・効力発生時期に関する民法九七条の規定対象

B 契約||法律行為に固有の問題——契約の成立・発効要件

C 意思表示の問題と契約の問題との関連性

D 「契約の成立時期」を定める五二六条の実益に関する疑問

——解題——

一 発端——津田論文の問題提起

かつて津田利治「我国私法学に於ける所謂目的論的解釈への疑問」(津田利治『会社法以前』(私家版)・津田利治「内池慶四郎」神戸寅次郎民法講義)(慶應通信・平成八年)三六九頁以下所収)は、神戸寅次郎先生記念論文集(法学研究三八巻一号)所収の諸論文を評し、神戸法学の結論が現代法学から見ても、なお妥当適切であるとするとするならば、それが何故に可能であったのか、その点の解明が必要であると指摘している(三七頁)。

所謂概念法学の代表的学者として扱われて来た神戸寅次郎の法学的的方法論が正しくないものならば、仮にその結論が偶々適切妥当であったとしても、それは誤れる方法が偶然に的を射たに過ぎないまぐれ当たりで、特別に学問上意味があるものではない。しかし神戸学説を検討した後世の研究者が神戸学説の出した結論を異口同音に支持するとしたら、神戸学説が何故にそのことを可能としたか、その点を虚心に考察するべきではあるまいか。以上が津田批判の要点であろう。

二 近時学説の情況

イ 星野論文

星野英一「編纂過程からみた民法拾遺——民法九二条・法例二条論、民法九七条・五二六条・五二一条論——」(法協八二巻三号・五号(昭和四一年)・『民法論集第一巻』(有斐閣・昭和四五年)一五一頁以下所収)は、法解釈において各条文の起草過程を歴史的に研究することの重要性を強調し、その発想の下に法典調査会の審議過程に現れた各起草委員の論議を詳細に跡付けて、その今日的意義(例えば論議の学問的レベルの高さ、慣習の顧慮、立法の周

到き等)を高く評価している。その反面において星野論文は、それ以後の我国の学問的情况を、例えば九七条・五二六条の解釈をめぐる概念的論議の不毛性を著例として嘆じている。

ロ 北川批判(「民法学の歩み」)

前記星野論文に対して、北川善太郎「民法学の歩み」(法律時報三九卷一号(昭和四二年)一〇三頁以下・三号一〇一頁以下)は、同論文の提唱する制定過程に立ち戻って考える解釈学上の方法を積極的に評価しつつも(一号一〇四頁)、なお契約成立と意思表示の発信主義・到達主義の対立をめぐる問題に関しては、本論文における「起草者の解釈論に対する高い評価が、ひるがえって、概念的な論議に傾いたその後の学説に対する否定的な評価となつて、はね返っているくらいがないでもない。」(三号一〇三頁)と評している。

北川説によれば、「その後の諸学説も、一応は、その概念論の中にも、実質的争点をあげているし、何よりも、諸学説の民法学史上の意義が軽視されることになりかねない」とする(一〇三頁)。

曰く「たとえば、文理的には、九七条の意思表示に『承諾』も入るとみるのが自然であり、そこに、一般の特例・例外規定の関係を見る方が、承諾は九七条に入っていないとみる起草者の立場より、解釈論としては抵抗がない。また、起草者においては、法律事実としての意思表示の成立・効力発生と法律行為・契約の成立との論理的区別は必ずしも明確ではないが、この区別は、問題の正確な処理のためには有用である(これを、当否はさておき、もつとも厳密に貫くのが神戸説。田中実「契約の成立時期について―神戸先生の所説の再認識―」法学研究三八巻一号(昭和四〇年)七七頁以下参照)。こうした点をたんに概念論という言葉で片づけることはできないであろう。これは、起草者の法理論とその後の学説の法理論とをどう扱うのかの問題ともつながる」(一〇三頁)。

また北川説は、星野論文の解釈方法についていう。

「本論文は、直接には起草過程を分析しているが、その成果は、氏の解釈論をたてるために利用されている。そ

の解釈論には注目すべき指摘があるが、その後の学説や判例をぬぎに、立法者意思説でないにしても、いわば中間省略的に起草過程の分析を解釈論につなぐ方法には疑問がある(一〇三頁)。傍論的な記述として「会員の中には、基礎研究としての起草過程分析に終始し、解釈論にまで及ばない方がよかったという意見もわりにあった(一〇三頁)」という。

三 基本的課題の所在

(1) 星野論文における「起草者の意思」の問題

星野論文は、解釈方法論として立法者意思説を採らないとしながら、なお起草過程を重視する。「立法者の意思」ではなく、「起草者の意思」?を解釈の重要な指針とするのである。そうすると北川説からの批判即ち、その後の学説・判例をぬぎにして「中間省略的に起草過程の分析を解釈論につなぐ方法」という非難を蒙ることとなる。しかし北川説にしても「基礎研究」としての起草過程の分析には異議がないようであるし、制定過程に立ち戻る解釈論そのものには解釈論上のいくばくかの価値を肯定するようである。

そこで所謂「立法者意思」と起草過程の分析に起草者の意思とはいかなる関係に立つかが問題となる。所謂「法律意思説」の立場から、起草過程の分析・研究は、現在の法律の意味内容を探索する上の一資料(かなり重要だとしても)だとすれば、起草者の与えた意味づけは、法制定後の学説・判例を含む法解釈のための多くの材料の一つに過ぎないことになる。

それ故に起草過程の分析から直接に解釈論を導くとすれば、北川説のいう「中間省略的解釈」という非難を免れず、それに答えるには、起草者の見解が学問的・実務的にいかにその後の学説・判例より優れていたかを論証

せざるを得ない（解釈者による価値判断）。星野論文における富井章章・穂積陳重らの起草委員の解釈論については積極的評価は、この傾向を窺わせるものがある。

これに対して解釈方法論として、所謂「立法者意思説」の立場を採るとすれば、起草過程の分析は、制定当時における立法の目的を認識するための不可欠の手段となり、その後における法改正・新立法（もとより成文法に限られず慣習法・判例法の成立を含む）がない限りは、法規の内容は立法当時の歴史的内容に限定される。その後の学説・判例はその歴史の意味の認識・確認に止まるから、当否の区別はあるにしても、規定内容には影響しない。この意味で「中間省略的解釈」はあり得ない。

しかしながら、立法者意思説に言う「立法者」とは、個々の規定の「起草者」ではないことに注意を要する。立法者の意思とは、法として定立された規定の規範的意味内容をいうのであり、単純には当該規定の立法趣旨・立法のねらい・立法政策といっても良い。

ヘック（P. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, ACP. 112, 1914.）の説く利益法学の見解に従えば、具体的には解決を必要とする一定の利益対立利益状態に関して（問題とされる場面について）、いかなる決定（どのような利益がどのような利益に対して、どのような範囲・程度に保護されたか）が下されたかと言う利益判断・利益裁断と言うことになる。成文法に関しては、かかる決定の資格・能力あるものは立法機関であり、その立法機関が「立法者」であり、その権限の実現による立法作業が「立法者の意思」的活動ということになる（権限・能力なければ「意思」はあり得ない）。

古代の帝王はいざ知らず、現代の立法作業においては起草者という存在は、立法作業の一環として原案の起草・審議・編纂に携わる人間であり、それ自身が立法の権限も能力も、従ってまた意思も持ち得ない。要するに起草者の意思は、立法者の意思ではない。

もとより立法の歴史的内容を認識するためには、立法過程における起案事情を知ることが最も直接かつ簡便な方途である故に、起草過程の分析は法解釈の重要な手段であり、起草者の発言は、そのための重要な資料ではある。しかし審議の途上における主張や議論それ自体が、直ちに法として定立されるものではないし、複数の起草者の意見が衝突し、誤解や錯誤による場合もあり、編集上の失策もあり得る。何が議論され果たして何が決議され、何が最終的に立法されたのか、即ちどのような問題についていかなる決定が法として定立されたのかを判定することは、立法過程の審議を追究しても、必ずしも容易ではない。民法九七条と五二六条との立法に関しては、実にこの点が問題なのである。

(2) 対立する起草者・起案者の意見と法の定立

民法九七条と五二六条とは、法典調査会の審議において起草委員の間で最も意見の鋭い対立を見た規定である。審議の末に定立された規定の文言が比較的簡明・単純であるのに対して、そこに至るまでに論議された論点は極めて多岐に渡っている。

規定は定立されながら、法典調査会の起草委員たちの論議は、そのまま規定の解釈の場面に持ち越され、その後の学説の対立に引き継がれて現在に至っていると見て良いであろう。五二六条の解釈論として現在の通説とされる発信原則説の内容は、法典調査会の委員間における主流ないし支配的主張を、かなり忠実に再現していることは確かであろう。

しかし九七条と五二六条とは、それぞれの条文を起草した起草委員（梅謙次郎と富井政章）の基本的主張は画然と隔たっているし、その衝突する主張が各条文において、どの程度に立法に実現されたかは別問題なのである。

いうならば現在の通説は、それが立法過程を重視する限り、覆盖面した起草者（それも対立する起草者）意思説とも言うべき解釈であり、審議過程における支配的主張が、定立された規定の文言の中に、そのままに立法化されたものと見る立場ということになる。

しかしながら、立法者意思は、個々の起草者の意見・主張はどうあれ、現実定立された法規を前提として、その法規の定立によって実現された規範の内容である。具体個別的事情における起草者の意見・意図・主張は、当該規定成立のための動機とか背景に止まるものであり、定立された法規の内容それ自体ではない。

(3) 所謂「歴史的解釈方法」における「歴史」の意味

ヘックの利益法学における解釈方法論においては法解釈の基本的方法として、「歴史的解釈」と「主観的解釈」という二本の柱が立てられている。

このうちの「歴史的解釈」として彼が主張するのは、解釈の対象たる法規の内容をそれが定立された「時点」において立法者が与えた意味を厳密に確認する意味での「歴史性」であり、制度の沿革・背景を無限に過去に遡って探求するという史学的探求を指すのではない。

このヘック的な意味での「歴史性」は、立法当時の具体的「現在性」であり（それ故に彼の主張する「立法者意思」の主観的な解釈に接合する）、解釈の時点より見ての過去性＝歴史性なのである。この意味で彼の「歴史的解釈」はあくまでも実定法の解釈方法論として「歴史的解釈」なのであり法史学的意味での（例えば法史学的意味での）「歴史的」解釈・評価とは次元を異にする。

利益法学はあくまでも実用法学としての一つの解釈方法論であって、同じく法現象を対象とする学問の領域としての他の分野たる法哲学や法史学あるいは法社会学（それが社会学として事実としての法現象を対象とする限りと

いう限定を要する。法社会学が現行法の解釈方法論として現れる場面では、その非歴史的また客観的解釈という方法論の点で、利益法学の主観的また歴史的解釈方法と対立することになる)を否定するものでも肯定するものでもない。

また彼の「主観的解釈」とは、客観的解釈論の採る規定内容の無制限な拡大や恣意的な意味付け乃至概念法学的解釈に対する批判を含むので、ここでは直接の問題とはしない。しかしこの「主観的解釈」が、立法当時における立法者の具体的・歴史の意味での立法者意思を確認するための不可欠の手法として、「歴史的解釈」と連結することは疑いない。

(4) 法の不備欠缺と学説

立法過程を分析して問題となる規定の歴史的内容を確認することは、必然的に当該規定の適用範囲を確定することとなる。何が規定されたのかを知るとは、同時に何が規定されなかったのかを知ることである。完全無欠な立法は不可能であるから、立法の欠缺は当然に予想されることであるし、その範囲を明確にするとともに、そこに明らかとされた法の不備・欠缺をいかに補うか(また補い切れるか否か)を策定することは、その後の学説に課せられた解釈の使命でもある。

北川説が「その後の諸学説も、一応は、その概念論の中にも、実質的争点をあげている」と積極的に評価しているのは、この点をさすものであろうか(これは深読みか?)。また意思表示と法律行為との「論理的区別」が「問題の正確な処理のためには有用である」として神戸説を評価しているのも、その「問題」というのが、単に「論理的区別」に止まらず、規範的処理を必要とする実質的な「問題」であるとするならば、まことに的確な指摘と思われる。

神戸学説の学問的評価は、まさにこの点の認識に関わるものである。「会社法以前」における津田論文の指摘

はこの基本的問題提起をなすものであろう。

四 出发点に立ち戻つて——民法九七条・五二六条の現在の意味

イ 近代的通信制度の発達と民法九七条・五二六条の存在意義

電話・電信・ファクシミリ・インターネット・その他の通信手段が発達し普及する現在において意思表示の「到達」とか承諾の「発信」時における契約の成立を規定している民法九七条・五二六条を取り上げることが、あまりに時代感覚のずれた、反時代的考察（ニイチェのいう *unzeitgemässe Betrachtungen*）ではあるまいか、との批判が予想される⁽¹⁾。

ロ 近時学説の態度

星野論文において、この問題がわが民法学上の解釈方法論的な意味で持つ重要性を肯定しつつも、なお「既に電信を知っていた民法起草当時において、まして今日のように通信が迅速である時代に、発信と到達との間にその時間的な間隔はないが、何故一日を、さらに数時間を争って発信主義にすることが必要なのか」（二八四頁）とか、この問題が「あまり實際上重要な意味を持つ規定でなく、その限りではつまらないことともいえよう」（二五三頁）という指摘も、この問題の反時代的性質に留意した発言であろうか。さらには田中論文が、現在の郵便制度が発信者の郵便物取戻を認めている以上は発信主義により契約の成立を認める通説を「ナンセンス」とまで批判するのも（九六頁）、現在の通信制度を前提とする解釈論なので、実質的にはこの問題の反時代性を指摘するものとも言えよう。

ハ 「隔地者」と「対話者」の問題性

果たしてこの九七条・五二六条の規定対象が現在そのように実際上の意味の薄い問題であると仮定すれば（その解釈方法論的意義は別として）、ということとは「隔地者」の意思表示よりも、むしろ「対話者」の意思表示こそが現在の意思表示論の当面の課題であるとしたならば、現在の民法学は、この「対話者」の意思表示ないし契約成立について、どのような解答を用意しているのか。その解答について、民法九七条・五二六条の解釈は、どのような影響を及ぼすのか。これが問われなければならないであろう。

即ち民法典に直接の規定のない「対話者」の問題について問題の処理をはかるためには、現在の意味の薄いとされる「隔地者」に関する民法典の規定の適用範囲を正確に確定し、そこでなされた価値判断を考慮しなければ、「対話者」の問題を解決するめども立たないことになりはしないか。ましてや「隔地者」の基準として「時間的隔差」を持ち出した過去の学説がなお批判検討の余地があるとすれば、現在の時点において「隔地者」に対する規定を設けている民法九七条・五二六条の内容も改めてその出发点に立ち戻って考えて見る必要があるであろう。

五 近時の通信機器の発達と意思表示

(1) 通信時間の短縮と発信・到達による区別の関係——民法典の死法化？

書面の形式による意思表示とか電信のような、発信から到達まで相当の時間を要する場合を念頭において立法された民法典の規定の解釈として、鳩山・我妻説等に代表されるわが国の通説が「隔地者」の概念決定の基準として、取引上重要な時間的格差を問題としていたことは不思議ではない。当時の社会ではようやく電話が実用性をもって登場したとはいえ、郵便・電信等が代表的通信手段であったことは疑いない事実である。

しかし問題は、この通信時間の長短という要因が、隔地者・対話者を区別する民法典の立法の上で、果たして

決定的な利益状態の区別をなすものであるか否かという点にある。この時間性が立法趣旨の上で決定的要因であったとすれば、時間の隔差による隔地者・対話者という法典上の区別は、立法当時の未発達な通信技術に対応したもので、今日の技術段階では意味を失い、それに関する規定は、適用対象を失った死法ということになるであろう。しかし問題はそれほど簡単ではないように思われる。³⁾⁴⁾

(2) 通信期間の短縮という要因

通信に要する時間の長短は、それぞれの時代に用いられる通信手段の技術段階に伴う付随的現象であるに過ぎず、それ以外の何らかの要因（例えば対話者関係の直接性・対面性・表示方法の一過性等々）に対する隔地者関係の間接性¹⁾第三者の介入・表示方法の持続性・再現可能性等々）が、民法典の隔地者・対話者の規定の区別においてより重要な立法の契機をなすとしたならば、立法趣旨にとって決定的であるその要因の有無が、現在の通信状況においてどのような形で存在するか否かが、検討されなければならないであろう。

そうすると現在のファックス・インターネット等の通信手段による通知は、発信者と相手方との間の通信時間を短縮するところから、時間隔差を問題とするかぎり、対話者の関係となり、今後通信時間が一般の通信手段においても次第に短縮されて行くと、総てはやがて対話者の関係に接近して行くのか（隔地者関係から対話者関係への移行?）。

これはこれで一つの見方ではあるが、逆の観察もまた可能である。

即ち通信に要する時間の短縮という現象は、通信・交通手段の技術的進歩に伴う当然の成り行きであり、通知連絡上の当事者の関係を本質的に変化させるものではない（あたかも古い鉄道が新幹線に代わり、汽船が飛行機²⁾コンピュータに変わったと同様の問題）。むしろ隔地者・対話者という関係にとってより重要な違いは、発信者・相手

方の通知が間接的（独立の媒介を通して行われる）連絡たる点にあると見る立場がある。

この観点よりすれば、即ち隔地者・対話者という法的処理において重要な問題は、むしろ発信者と相手方との通知連絡上の間接性・直接性という相互の関係にあるとすれば、現代の通信は発信者と相手方との間に独立した（発信者・相手方の支配を離れた）極めて大規模かつ複雑な通信施設・連絡機関の介入を不可避なものとするに着眼せざるを得ない。あたかも高速度交通機関の発達により交通事故や運送のトラブルが解消するわけではなく、輸送の大量化・高速化に伴って従来予測できなかった新たな大事故の可能性を生ずると同様に通知連絡関係の複雑化は、新たな通知危険を招来し、その法的処理を必要とすることは疑いない。

（3）表示方法の「化形化」の要因

この見方からすれば、当事者間の通知連絡の間接性という特質に関連して、そこで用いられる表示方法の特性が問題となる。特にドイツ民法典の制定以後のドイツ民法学において問題とされた「化形的・非化形的表示」(verkörpertes, unverkörpertes Erklärungsmittel) の問題がこれである。

元来隔地者においては、当事者間の通信が間接的である故に、第三者の介入にも拘わらず通知内容を正確に伝達するためには、多く書面の如き具象的 \parallel 化形的表示手段が必要とされることになる。この化形的表示手段は、通知内容を客観的・持続的な形で保全し、相手方における将来の再現・了知を可能とする特長を有するからである。

即ち「隔地者」関係の特質が通知連絡関係の間接性にあり、通信が発信者から相手方に対して独立の媒介を通して、書面その他の化形的メディアを用いて行われるという表示方法の差異に多く照応するという見方からすれば、近時の通信手段はこの化形的メディアが種々の多様な形で進歩した点でむしろ「隔地者」の関係の発展形態

であると考えることが自然である。そうすると近時の通信技術の発達は、通信方法の多様な「化形化」(表示の保存・内容の再現可能性の確保)への進歩であり、当事者の関係は、むしろ直接単純な対話者関係からより複雑多様な「隔地者」関係への移行と見ることもできよう。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

(4) 新たな表示方法に対する法的対処の問題

従来の我国の多くの意思表示理論は、意思表示を担う通信媒体として、単純な口頭の表示(対話者)と書面(隔地者)との区別に止まっていたようである(極めて少数ながら、神戸説のように隔地者・対話者の区別と化形的表示・非化形的表示との組合せに留意した学説も存在した)。そして多くの学説が対話者・隔地者間の区別の基準として取り上げた通信時間の長短は、過去の通信技術の発達段階に伴う不可避的現象でもあった。現在の通信技術の発達は、少なくともこの時間の壁を大幅に削減することに成功したと言えるであろう。

しかしその反面において複雑微妙な通信機器の介在は、通知上の危険に伴う紛争の処理特にその通知危険負担の問題をより複雑困難なものとしている。そして元来この点にこそ発信主義や到達主義あるいは了知主義といった意思表示の通知危険負担の問題があつたはずである。此処に生ずる幾つかの問題点を以下に取り上げてみよう。

1 近時の通信技術の発達は、隔地者間の通知に関して、その通信時間を短縮するとともに、より容易・確実に表示内容を「化形化」することにより、受信者の了知可能性^{II}到達を拡大保証することに向かつた。そして「化形化」された表示は、その拘束力や法律行為の要件たり得る資格・適格の時間的範囲に影響を及ぼす(非化形的・口頭表示による申込の承諾能力参照)。その意味で通信機器の発達は、徹頭徹尾「隔地者」における「到達」の技術的な問題解決ではなかつたのか。

2 もとより対話者間の通知においても、口頭表示の不完全性(表示の一過性^{II}再現不可能性)に対応する技術

的進歩は、種々の面で認められる（録音・録音電話等）。これは通知の直接性を拡大・補充する面においては「対話者」関係の問題であるが、表示方法が化形化される面では、「隔地者」の利益状態に共通する場面を招来する。具体的問題ごとに「対話者」か「隔地者」か、規定適用の是非を検討する必要がある。⁽⁷⁾

3 通信機器の発達と利用者の責任——通知危険の負担の問題——

通信機器の発達は、その利用者に種々様々な通信機器の選択の自由を与える。ここにおいて発信者と受信者いかに危険の分担を図るかの問題を生ずる（あたかも電話が普及するに及んで、電話網に加入した者・発信者・受信者のいずれに通知危険を負担せしめるかの問題を生じたのと同様の問題である）。一般的には断定できないが、通知法の選択の自由ある者が、自己の選択した通知方法に伴う事故危険を負担するべきが原則であろう。神戸説にいう隔地者の標識としての「独立の媒介」なる観点は、自己の支配できない領域の介在を表現するものと思われる。この危険領域の負担が、通知危険の問題である。

(5) 前記の「解釈の歴史性」についての補注

1 事実としての歴史性と解釈論との関係——縦の比較的方法の疑問

所与の法規定の規範的意味の発見への努力が解釈であるとする、当該規定の成立に至る制度的あるいは立法史的意思での事実、その解釈にいかなる関係に立つか。あたかも法社会学的事実の探求が、社会学としての学問的意味があることは別として、それ自体は事実としての法現象を対象とするものであるかぎり、規範的意味の発見には直接の関係がないように（例として各国の同種の法制度の比較が事実の知識としては意味があってもある一国の具体的法規定の解釈には役に立たぬのと同様に）、事実としての法制度・法規定の成立の歴史的事情は、その規範的意味の確定には直接の影響を持ち得ない。これはいわば縦の比較法とでもいうべき方法である。少なくとも

も「法の継受」という歴史的事実を軸として事実の連絡を追求する限りで、なんらの制度的連絡をも無視する横の比較法よりは法制度的連絡を保証するとはいえず、矢張り事実的現象を対象とする限りでは、解釈論に対する影響は間接的ではない。

2 法規範の発見と理論・概念構成の問題

a 起草者の意思として、しばしば起草者の理論構成が援用される。また法の継受に関連して学説・理論の継受が問題とされる。この理論・概念構成もまた法規範発見の意味での「立法者の意思」とは無関係である。法理論ないし概念構成は、法規範の意味内容を説明するための道具であって、説明されるべき意味内容としての法規範ではない（法概念・法理論⇨理論構成の相対性）。

b 例えば意思表示の「発信主義」あるいは「到達主義」として法典調査会の審議に際して議論がなされていることも、抽象的・一般的な学説の理解や内容が問題なのではなく、そこで「発信主義」とか「到達主義」という理論的表現の背後に潜む実質的な利益判断が規範的内容として、具体的法規の中に立法されたか否かが問題となる。とくに民法九七条や五二六条の立法のように、起草者の理論的対立が正面に出ているような場面においてはこの点の確定がとりわけ必要な場面と言うことになる。

(6) 本論文における基本的問題の提起

本論文が今後検討すべき基本的な主題は、意思表示と契約⇨法律行為とのそれぞれの問題の所在を摘示して、民法各規定の適用範囲を精密に確定すること、そして両者の関係を理論的に分析し整理することにある。民法五二六条の解釈において、承諾と契約の成立・発効をめぐる論争の決着が未だについていない根源的な理由は、結局のところこの点にあると思われるからである。具体的には以下のような問題を扱う必要があるだろう。

A 意思表示に固有の問題——成立・効力発生時期に関する民法九七条の規定対象

本条は、隔地者間の意思表示の通知連絡上の危険の負担（通知危険の移転時期）に関する規定である。

1 例えば旧民法財産編三〇八条六項に「郵便、電信ノ錯誤」とか旧商法二九九条に「通信ヲ為スニ当リ送達人ノ過誤及ヒ遅延」に関する規定の如きは、この点を明確に意識した立法とすることができると言える。

2 隔地者間の意思表示の効力発生時期（民法九七条一項）や成立時期（同条二項）は、隔地者間における通知危険の移転時期を規定したものと解される⁽⁸⁾。

3 意思表示の効力発生時期に関する発信・到達主義の問題は、特に書面等の化形的表示による通知方法に固有な問題としての通知の延着とか不達の問題の処理に関する。しかし通知危険は、より一般的に隔地者・対話者、また、化形的・非化形的表示方法に共通する問題として、錯誤・誤解・心裡留保・通謀虚偽表示・詐欺強迫あるいは表意者の側の行為能力・相手方の受領能力さらにまた使者・代理人等の媒介による不正伝達といった多くの場面で問題となる⁽⁹⁾。

B 契約II法律行為に固有の問題——契約の成立・発効要件

法律行為としての契約の成立・効力発生要件具備の問題は、前記の意思表示の成立・効力の問題とは独立した契約固有の問題である。民法五二六条の規定する契約成立・効力発生時期の問題はこの意味で契約に固有の問題の処理に関する。個々の意思表示の問題と異なる契約の固有の問題としては次のような問題が考えられる。

1 契約の成立要件の一つとしての意思表示の合致の問題

個々の意思表示の成立を前提として、意思表示の内容上の合致の有無（客観的合致・不合致）またその主観的

合致の有無が問題となる。

2 法律行為としての契約が成立し効力を生ずる結果として、効果意思に基づく権利変動（法律行為的効果）が生ずる（債権・債務の発生等。物権的合意においては権利の発生・移転等⁽¹⁰⁾）。

3 契約の成立時期を基準として対価危険が移転する如き（民法五三四条）は、この契約（双務契約）に特有の問題に関する。また履行危険の負担・移転等も契約から発生した効力たる権利の問題である。

4 国際私法上の準拠法決定の基準としての法律行為の「行為地」に関して、契約の成立ないし効力発生の時期・場所等の決定もまた契約に固有の問題として、個々の意思表示の成立・効力の問題と区別して考察する必要があると思われる。

C 意思表示の問題と契約の問題との関連性

意思表示は法律行為たる契約の組成分子である故に、意思表示はそれによって組成される契約の組成分子たり得る資格・適格を持つことを要する。例えば申込という意思表示は承諾能力・承諾適格を持つこと、同様に承諾は申込能力・申込適格をその意思表示の効力として持つ必要がある（このことは単独行為たる法律行為についても、同様であり、個々の意思表示としての拘束力と法律行為の組成分子たる資格・能力は区別して扱う必要がある）。法律行為の法律要件を組成するすべての組成分子が完備した段階で、法律行為Ⅱ契約は完成Ⅱ成立し、効力要件を具備すれば法律行為としての効力を生ずることとなる。⁽¹¹⁾

a 意思表示の効力が法律行為の効力に直接に連絡する場合

意思表示が法律行為の一組成分子を成す結果として、個々の意思表示の効力に関する処理（有効・無効・取消・撤回等々）は、法律行為の効力に影響を及ぼすことが多い。例えば錯誤により無効な意思表示により契約が

無効になる如し（無効の意思表示により成立する無効の意思表示による合意・無効合致の例。同様のことは、例えば詐欺強迫による意思表示により成立した取消し得る意思表示による取消し得る合意・取消合致についても考え得る⁽¹²⁾）。

正確には意思表示の取消・無効とは、意思表示の法律要件の効力（意思表示の組成分子たり得る資格・能力）に関する問題と見るべきであろう。意思表示が撤回されれば、法律要件の効力も含めて意思表示それ自体の全効力が消滅する故に、それ以後において法律要件の効力を論ずる必要はなくなる。意思表示の拘束力が無い状態（撤回可能な状態）であっても、撤回しない限りは法律要件の効力は残存しているから（例えば撤回可能な申込の承諾能力の存在）、拘束力の存否と法律要件の効力の存否とは区別する必要あることは勿論のことである。更に意思表示の瑕疵を理由とする無効・取消は、法律要件たる法律行為が成立・発効した段階で、始めてその実効性を持つことになる。例えば神戸説が懸賞広告の意思表示について撤回と取消の処理を区別し、懸賞広告が法律行為として成立した後において始めてその取消が問題となると説いているのは、取消の対象が法律行為的効果たることに留意した論理を一貫する説明であろう⁽¹³⁾。

（付加論点）民法典における「取消」の用語例と神戸学説⁽¹⁴⁾

神戸寅次郎『注釈民法全集第八巻・契約総則』（巖松堂書店・第六版大正一三年）三二六頁以下（『神戸寅次郎著作集』上）（慶應通信・昭和四四年）二一〇頁以下）は、五二七条の注釈において申込の取消に関して次のように説く。「申込ハ一旦之ヲ為スモ申込者ハ自己ノ都合ニヨリ後ニ之ヲ消滅セシムルコトヲ得其場合ハ時期ヲ標準トシテ之ヲ区別スルトキハ三個トナル即（一）申込ノ発送後到達前ノ場合（二）申込ノ到達後契約成立前ノ場合（三）契約成立後ノ場合はナリ第一ノ場合ニ於テハ申込ハ未タ何等ノ効力ヲ生セサルカ故ニ申込ハ自由ニ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノトス（九七条）第二ノ場合ニ於テハ申込ハ一種ノ効力ヲ生ス即チ承諾能力是ナリ第三ノ場合ニ

於テハ契約ハ申込ヲ本源トシテ其効果意思ノ内容ノ實現タル法律上ノ効力ヲ生ス故ニ此場合ニ於テハ申込者ハ原則トシテ申込ヲ消滅セシムルコトヲ得ス只無能力、詐欺又ハ強迫ノ理由ニ依リ契約ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノトス今第一ノ場合ニ於テハ申込ヲ消滅セシムルノ方法ハ之ヲ『撤回』ト称スルヲ恰当トス何トナレハ既述ノ如ク此場合ニハ申込ハ未タ何等ノ効力ヲ生セサルカ故ナリ第三ノ場合ニ於テハ我民法ハ契約則チ法律行為ヲ消滅セシムルノ方法ヲ指シテ『撤回』ト云フヲ恰当トスヘキカ又ハ『取消』ト称スルヲ正当トスヘキカ独逸ニ於テハ第二ノ方法ヲ指シテ *Widerrufung* ト云ヒ第三ノ場合ノ方法ヲ指シテ *Anfechtung* ト云ヒ以テ其用語ヲ異ニセリ然ルニ我民法ハ第二ノ場合ノ方法モ亦之ヲ『取消』ト称シ(本条)右第三ノ場合ノ用語ト之ヲ區別スルコトナシ本来効果意思ノ内容ノ實現タル法律上ノ効力ヲ消滅セシムルト否ラサルトヲ標準トスルトキハ第二ノ場合ノ方法ハ之ヲ『撤回』ト云ヒ第三ノ場合ノ方法ハ之ヲ『取消』ト称スルヲ正当トスレトモ斯クテハ亦第一ノ場合ノ方法ト第二ノ場合ノ方法トヲ混同スルコトトナルナリ是故ニ第二ノ場合ノ方法ハ本来之ヲ『撤回』若クハ『取消』ト云ハスシテ一ノ別個ノ名称ヲ用ヒテ之ヲ指示シ以テ三個ノ場合ヲ厳正ニ區別スルヲ正確トス何トナレハ此等三個ノ場合ニ於ケル方法ハ各其特質ヲ有シ其前提又ハ結果ヲ異ニスルカ故ナリ(五二一条及五三〇条注釈参照)然ルニ従来第二ノ場合ノ方法ヲ指示スルニ最モ的確ナル名称若クハ文字ノ存スルコトナシ是故ニ余ハ法典上ノ文字ニ倣イテ此ノ第二ノ場合ノ方法モ亦之ヲ『取消』ト称スルコトト為シタリ然レトモ只特ニ第二ノ場合ノ方法トヲ比較シテ其差異ヲ論述スルノ要アルトキハ便宜上前者ヲ『撤回』ト云ヒ後者ヲ『取消』ト称スルコトナキニアラス(三二七―三二八頁)¹⁵⁾。

五二六条一項の契約の成立と五二七条の申込の取消との関係について、神戸説は次のように説く(『契約総則』三三二―三三三頁(神戸寅次郎著作集(上)二一四―二一五頁)参照)。

「此場合ニ於テハ申込ノ取消ノ通知カ延着スルモ其延着ノ瞬時ニ於テハ(勿論承諾ノ通知ノ發送後到達前ノ場合ヲ

予想ス) 契約ハ成立スルコトニ『未タ確定シ居ルコトナシ』何トナレハ承諾ノ通知ハ既ニ発送セラレタルモ而モ其承諾ノ通知ノ発送ト到達トノ中間則チ申込ノ取消ノ通知ノ延着ノ瞬時に於テハ第五百二十六条ノ原則ハ未タ適用セラルルノ時期ニ達セス随テ契約ノ成立ハ未タ確定スルニ至ラサルカ故ナリ是レ一ニ民法カ承諾ノ意思表示ニ付キ到達主義ヲ採リタルノ結果ナリトス若シ民法カ承諾ノ意思表示ニ付キ発信主義ヲ採リタリシナラハ右ノ瞬時に於テハ契約ハ単ニ成立スルコトニ確定シ居ルノミナラス現ニ成立シ居ルコトナルナリ是レ則チ民法カ第五百二十六条ノ規定ヲ毫末モ変更セスシテ其儘ニ存シ置クモ只単ニ承諾ノ意思表示ニ付キ到達主義ヲ採ルコトト発信主義ヲ採ルコトトニ因リ其間ニ生ジ得ヘキ著大ナル結果的ノ差異ナリトス我民法ハ既述ノ如ク承諾ノ意思表示ニ付テハ他ノ一般ノ意思表示ノ如ク明カニ到達主義ヲ採リタリ然ルニモ拘ハラス今茲ニ仮リニ右ノ場合ニ於テ承諾ノ通知ノ発送ノ瞬時に於テ契約カ既ニ確定的ニ成立シ居ルモノトノ見解ヲ採ルモノアリトセハ其見解ハ根本ニ於テ法律行為殊ニ契約ト意思表示トヲ混同セルモノニシテ一大謬見ナリト云ハサル可カラス」。

b 意思表示の効力と法律行為の成立・効力とが無関係な場合

意思表示それ自体に瑕疵・意思の欠缺等による効力上の問題がなくとも法律要件としての法律行為それ自体の問題を生ずる場合がある。これらは個々の意思表示を離れて、法律行為としての契約に固有の問題領域である。例えば以下のような問題である。

イ 意思表示以外の法律要件事実の不備

例えば要物契約において要物性の要件が満たされない場合。あるいは法人設立行為において定款・寄附行為は作成(意思表示は完成)されても主務官庁の許認可がない状況。また懸賞広告による法律行為を単独行為と見た場合に、広告による意思表示がなされたが、指定行為の完了がない状況。更に農地の売買において権利移転の合

意はなされても、知事の許可がない場合等々。

ロ 契約における双方の意思表示の不合致

客観的不合致——表見的・不表見的不合致——あるいは主観的不合致の例参照。この場合には意思表示自体の錯誤とか心裡留保・詐欺強迫等の瑕疵の有無に拘わらず、契約それ自体の成立・不成立の問題を生ずる（意思表示の錯誤と不表見的不合致の關係に関しては学説上議論があるが、もしもこれを錯誤の一種とみるならば「我妻・川島説」前記の意思表示の問題と法律行為の問題との連絡する事例に属することになる。私見は反対）。

ハ 動機の処理について

個々の意思表示の処理に際しては、単純な動機は意思表示の内容・目的には入らないものとされるが（例・動機錯誤の処理）、民法は例えば売主の瑕疵担保責任や定期行為の解除の要件に関して「契約ヲナシタル目的」としてこれに特殊の効果を与える場合がある。また当事者の共通動機錯誤に関しては、行為基礎（Geschäftsgrund-lage）の問題として、契約の効力に及ぼす効果が問題となりうる。¹⁶⁾

D 「契約の成立時期」を定める民法五二六条の実益に関する疑問

上述のように意思表示に固有の問題と法律行為としての契約に固有の問題とを峻別して考察すると、我民法五二六条一項がとくに契約の成立時期として承諾の発信時を規定したことの實質的意味合いがどれほどのものかが少々疑わしくなってくる（立法政策上の疑問がある）。本条が取引の迅速を図る意図で立法されたことは明らかであるが、いかに契約の早期な成立を規定しても、当事者間における権利変動は相対的な債権的効力に止まり、第三者に対する關係においては（例えば二重の契約がなされた場合には）、契約の効力の優先劣後の順位は、對抗要件の具備で定まり、契約の成立時期の先後は問題にならないからである。もとより契約の成立時期により決定さ

れる多くの問題があるにしても、それが何故に承諾発信時という時点でなければならぬかは、あまり決定的な理由が見当たらないのである。

ボアソナードはそのプロジェの注釈 (G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2^{ème} éd., Tokio, 1883, p. 46) において、申込の取消 (撤回) がなされないで承諾がなされた場合には、承諾のなされた時期を決定することはさしたる実益がないと説いている。そして申込の取消の通知と承諾の通知とが時間的に接近した場合に、承諾のなされた時期を決定するを生ずる (即ち承諾により合意が成立した後は、申込の取消が許されない、と説く)。即ち彼においては、承諾のなされた時期 = 合意の完成した時期は、申込の撤回の自由を限定する時間的な枠を決定するための基準として持ち出されてくるのである。従って、彼は承諾の通知については、その発信後到達前の時間における承諾の取消を肯定する。即ち申込の取消を制限する承諾の発信 (従って合意の完成) は、承諾の到達前における承諾の取消を妨げないのである。この点は、英法に倣って承諾発信時の契約成立を主張するロエスレル (H. Roesler, *Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar*, 2. B., S. 4ff., 1884) の旧商法においても同様に承諾の取消が肯定されていることと共通する扱いである。

このことは、従来承諾の「発信主義」による契約成立の問題として扱われてきた問題が実は申込の拘束力 (撤回自由の制限) の問題として、専ら申込の処理に関する問題であったことを意味するように思われる。即ち申込の撤回が許される時間的限界が、「承諾の発信時」で定まるということだけで、この問題は契約それ自体の成立時期とか、承諾の拘束力の問題とは元来無関係の問題ではなからうか。要するに申込の撤回がどの時点まで許されるかという問題の処理ができれば、それ以上に契約の成立時期や承諾の拘束力を、申込の問題と関連して論理的に定める必要はないのであり、この問題は徹頭徹尾一個の申込という意思表示に固有の問題に関する。従っ

て、この申込の拘束力の問題をどのように処理したところで、それは契約それ自体の問題としての成立時期の決定や、一個の意思表示としての承諾の拘束力の問題の処理とは関係がないはずである（旧民法や旧商法はこれらを別問題として処理している）。

従来の民法五二六条をめぐる論争は、この問題の所在を混同してきた誤謬があるように思われる（この点の問題の区別が明快なのは神戸説のみ）。この問題の所在を明確にしても我民法の立法が、とくに契約の成立時期を早める必要が実際上あつたか否かは疑問が残る。

(1) 例えば隔地者―対話者という民法典の区別について、取引上重要な時間的隔差の存在を基準とする通説的見解（鳩山、我妻、四宮その他）からすれば、近時の通信機関の発達により、通知の発信から到達までの時間的隔差は極度に短縮されているから、隔地者は無限に対話者に近づき、そもそも通信時間の隔差を要件とする「隔地者」なる概念は不要になり、全部「対話者」の問題となりそうである。従つて隔地者に対する意思表示の到達に関する民法九七条の規定や、同様に隔地者に対する承諾に関する五二六条の規定は適用の場面を失つた時代遅れの無意味な規定となりそうである。

(2) 私見の及ぶ範囲では、従来のわが国の民法学説の関心は、もっぱら「隔地者」の規定の解釈に集中している反面、これと対応する「対話者」の問題については実際の興味も理論的関心も及んでいないように思われる。「隔地者」に関する民法典の規定の反時代性を強調するからには、現在の課題となるべき「対話者」の問題（特に近時の種々様々な通信機関の発達とそれに伴う新たなトラブルに対処すべき）に正面から取り組むことが必然的な作業となるはずであるし、このような観点から「対話者」を問題とすることは翻つて「隔地者」の問題を改めて検討することになるはずであろう。この点従来の研究には、未解決のまま放置されているあまりに広大な分野が残っているものと言わざるを得ない。

(3) 通信時間がいかに短縮されても、発信・受信・不到達・延着・誤解等々のトラブルは依然として跡を絶たないのみならず、新たな通信手段に伴う新たな技術的難問が生起する。これらの通信危険を発信者・受信者のいずれにどの

程度まで負担させるかは、時間の長短の問題とは別問題であり、格別の処理を必要とする現在の課題である。

(4) ファックスやインターネットによる取引の現状はどうか。特にインターネットを利用する取引形態に注意を要する。インターネットによる商品のカタログ販売等の表示は申込か申込の誘引か。これに対する承諾はいかなる形をとるか(承諾の形式・方法はインターネットの形式に限定・指示されるか)。実際の契約締結はいかなる方法で行われるか。実際上のトラブルはどのような形で出てくるか、どのように処理されているか等の諸問題。

(5) 過去の一部学説が、対話者間において書面が交付される場合を、その利益状況からして「隔地者」の一場合と扱ってきたことに注意せよ(例えば神戸説)。即ちこの場合は時間的に即時たることよりも、書面という化形的表示方法による意思表示の内容の保存ないし将来の再現可能性が決定的要因と考えられているのである。

(6) 隔地者関係の上で書面という表示方法が重視されてきたのは、単なる郵送上の時間的隔差が問題なのではなくて、その化形的表示方法の故に相手方の将来の了知が確実に保証される点が特色なのであり、現代の通信機器の発達は、書面によらないでも、表示内容の保存・再現を可能としている(いわゆるペーパーレス通信機器)。この意味では現在の通信技術は、通信時間の短縮という便宜とともに、相手方の将来の了知を確実にする点で表示の「化形化」を促進している。しかもこの簡易・迅速かつ確実な通信は発信者・受信者の支配を離れた複雑な技術的仲介機関を経て初めて可能なのである(独立の媒介の存在≡隔地者関係)。

(7) 通信機器の発達は、対話者間の直接通知と隔地者間の間接通知との両面で進行する。
対話者(通知の直接性) : 通知再現・保存の努力 : 例として電話録音

直接性の拡大 : 例としてテレビ電話

隔地者(通知の間接性) : 即時性の努力 : 例としてファックス・インターネット等

化形化の種々相 : ペーパーレス通信機器等の発達等

その反面新たな技術的トラブルの発生

(8) あたかも契約の成立・効効後において給付義務の確定や対価危険や履行危険の負担・移転時期について契約時・引渡時・履行準備時等々が問題となるのと同様に、個々の意思表示については通知危険の負担・移転の時期を定める必要がある。対価危険や履行危険が契約≡法律行為の成立を前提とした契約≡法律行為の効力に固有の問題であるの

に對して、通知危険は個々の意思表示に固有の問題である。

(9) これらの意思表示に固有の問題の処理がその意思表示を組成分子とする契約に法律行為の成立や効力にいかなる影響を及ぼすかについては後述する。

(10) 契約上の権利内容の決定の如きは、その合意内容の問題である。例として利息・果実收受権・利息の発生等々。

ポアソナードは契約成立時期の決定の効果として契約成立時点における市場価格で代金額が定まる取引の例を挙げる。

(11) 意思表示の効力の一つとして、この法律行為の構成分子たり得る資格・適格を持つ点において、法律事実 (juristische Tatsache) としての意思表示が法律要件 (Tatbestand) としての法律行為の中に取り込まれることになる。

例えば神戸説は、意思表示のこの法律要件上の資格を、更に抽象的・一般的資格と具体的資格とに區別し、契約成立に關して申込・承諾という個々の意思表示はそれぞれの到達により民法九七条一項により、契約の組成分子たる抽象的資格 (組成分子たり得る資格) を取得するのに對して、民法五二六条一項が契約成立の時期を承諾の発信時と定めることにより、それぞれの到達により生じた抽象的資格 (組成分子たり得る資格) が、承諾の発信時に遡って具體的・現実的資格即ち契約の「組成分子たる資格」に転化すると説明する。

意思表示のこの法律要件たり得る資格と法律要件との區別は、単独行為についても実益がある。

(12) 意思表示の効力の一つとしての拘束力については、撤回の可能性が問題となるが、意思表示の無効・取消の対象たる意思表示の効力は、法律行為的效果としての法律要件の効力に關わるものである (民法典の用語例は意思表示の拘束力についても「取消」の言葉を用いる為に、撤回に拘束力の問題と取消・無効に法律行為的効力の問題との區別が文言上不明確である)。

(13) 但し神戸説のように法律行為の成立を待つて始めて無効の主張や取消権の行使が可能で、それまでは撤回の問題あるのみと扱ふのは、論理的ではあるが些か窮屈な感じがする。将来法律行為が完成する時に発生する法律行為的効力を、予め排斥する意味での無効・取消の主張が許されても宜いであろう (相手方にとっては既に発生している抽象的な法律要件の資格・能力を直接に否定する手段として、意思表示の成立後は、法律行為の成立を待たずに直ちに行使できると考えて宜いであろう。この意味で意思表示の撤回と取消とは時間的に必ずしも前後關係に立つ必要はないと思われる)。

(14) 平成一六年の民法改正により、五二七条の「申込ノ取消」の文言は「申込みの撤回」へと改められた。

(15) 即ち神戸説によるならば、申込を消滅させる方法として(1)申込の効力発生前に申込を消滅させる方法、(2)申込の承諾能力を消滅させる方法、(3)申込の効果意思の内容の実現たる効力を消滅させる(法律行為たる契約を消滅させる)方法との三個の方法が区別されるべきであるとする。神戸説の主張するように、ドイツ民法における *Widerruf, Anfechtung* というような第二・第三の場合の区別を日本民法は用語上で区別することなく、共に「取消」と称しているが、これら三個の場合の方法は各自その特質を有し要件・効果を異にする故に本来は正確に区別するべきものである。そして神戸説によれば五二七条は、第二の方法としての『取消』について「申込ノ到達後、承諾ノ通知ノ発送前ニ於テノミ申込ノ取消ヲ為スコトヲ許ス旨且之ニ対スル例外」を規定したものであるとする(『契約総則』三二八頁(神戸寅次郎著作集^上、二二二頁))。

(16) 従来問題とされている売主瑕疵担保責任の規定と錯誤の規定との関係については、これを契約固有の問題(契約上の履行責任ないし法定責任としての契約解除・損害賠償責任の原因としても契約の効力の問題)と個々の意思表示に固有の問題として、両者を問題の次元が異なるものとして見るか(競合論)、それとも問題の連絡したものとして理解するか(法条競合論)で処理が異なる。

錯誤は個々の意思表示における意思と表示との符合の有無の問題であり、瑕疵担保は合意された契約の内容・目的に関する問題である故に、単純に錯誤が一般法の問題、瑕疵担保が特別法の問題として法規の適用関係を論ずることできない。この意味では、両条は無関係に適用されるべきであるとするのも一つの態度決定ではある。

然しながら売買の目的物の性質・瑕疵を巡る紛争(即ちその一つの場面としても性質錯誤の問題)は、売主・買主の利益裁断の一環として、瑕疵担保責任の内容に取り込まれているとすれば(特に売主の履行危険負担の時間的限界としての瑕疵担保責任の権利行使期間の限界)、目的物の性質錯誤に関する限り、錯誤の規定は瑕疵担保責任に吸収されるものと扱うべきであろうか?

——
解題
——

本稿は、平成九年六月二六・二七日に筆者が慶應義塾を定年退職するに際して行った、研究報告の記録である。その内容は、義塾法学部の大先輩にあたる神戸寅次郎先生の畢生の研究である、意思表示と法律行為に関する独自の学説を追究して、その現在の法律学に及ぼす学問的意義を再検討することにあつた。研究会は二度にわたつて行われたもので、その前半部分が本問題に対する筆者の問題意識の提示とそれに基づく意思表示すなわち民法九七条論にあたり、その後半部分がそれを承けて法律行為—契約—すなわち民法五二六条論ということになる。

これは元來筆者自身の独立した研究成果を世に問うといったものではなく、かねてより学問的関心を持っていた神戸学説を、解釈方法論の上で筆者なりにどこまで追い切れたかということを率直に告白して、神戸学説の更なる検討を、義塾法学部の新たな研究者諸君に託したいとの願いに出づるものであつた。幸いにして当日研究会に出席された諸兄弟より活発な批判や議論が加えられ、さらに後日に片山直也教授より書面をもって懇切丁寧な質疑をお受けしたので、同教授のお許しを得て、これを付録のような形で将来本論に加筆することができるであらう。

あらためて読み返して、このようなものを今更法学研究誌上に発表することに、逡巡する気持ちもあるが、あの研究会を主催された森征一教授（前法学部長）、三上雅通弁護士と池田真朗教授より重ねて強力なご要請をお受けして、あえて公刊に踏み切ることとした。筆者の意のあるところをお汲み頂ければ幸甚である。なお本稿の上梓に際して、粗雑難読な原文を公刊に耐えるまでに整理して下さいました三上雅通氏と片山直也・北居功両教授のご援助に対しては、心より感謝申し上げる次第である。